

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Ondervragingsrecht en beroep op het verschoningsrecht)

Borgers, M.J.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2010). *Case note: Hoge Raad (Ondervragingsrecht en beroep op het verschoningsrecht)*, No. 571, Jan 05, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2010).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Noot van M.J. Borgers

1.

In de hierboven afgedrukte zaak betoogt de verdediging dat de uitoefening van het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3, sub d, EVRM in het gedrang is gekomen doordat de getuige — tevens medeverdachte — met een beroep op zijn verschoningsrecht heeft geweigerd om, afgezien van het afleggen van een kennelijk meinedige verklaring met betrekking tot één van de ten laste gelegde feiten, ter terechtzitting vragen te beantwoorden. Daarom zouden eerder afgelegde verklaringen van deze getuige ten onrechte voor het bewijs zijn gebezigd. De Hoge Raad verwerpt deze klacht met een verwijzing naar zijn vaste rechtspraak, die ook wel bekend staat de ‘Grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie (zie met name HR 1 februari 1994, NJ 1994/427 m.nt. Corstens en HR 6 juni 2006, NJ 2006/332). In die rechtspraak heeft de Hoge Raad onder andere geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, niet meebrengt dat een inbreuk wordt gemaakt op het door artikel 6 lid 3, sub d, EVRM gewaarborgde recht. Door ook nu van deze standaardoverweging gebruik te maken, brengt de beslissing van de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak eigenlijk weinig nieuws. Wat veeleer de aandacht trekt, is de vasthoudendheid waarmee de Hoge Raad deze standaardoverweging bezigt. Diverse Advocaten-Generaal hebben de Hoge Raad voorgehouden dat in de situatie dat een getuige weigert om vragen te beantwoorden, wel degelijk sprake kan zijn van schending van artikel 6 EVRM (zie voor verwijzingen onder 3). Zo zet A-G Vellinga in zijn conclusie in de hierboven afgedrukte zaak uiteen dat, gelet op de weigering van de getuige om vragen te beantwoorden, van een schending van artikel 6 EVRM alleen dan geen sprake is indien het bewijs niet uitsluitend of in beslissende mate op de gebezigde verklaringen van de getuige berust. In deze zaak zou ten aanzien van één van de ten laste gelegde feiten onvoldoende steunbewijs aanwezig zijn. De Hoge Raad lijkt daarentegen het al dan niet bestaan van voldoende steunbewijs niet relevant te achten.

De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak tot nu toe niet laten blijken waarom hij anders tegen de materie aankijkt dan diverse leden van het Parket bij de Hoge Raad. Dat geeft aanleiding voor een nadere beschouwing van de rechtspraak van de Hoge Raad, de kritische kanttekeningen die hierbij zijn geplaatst en — uiteraard — de Straatsburgse jurisprudentie. De vraag die daarbij centraal staat, is in hoeverre de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad al dan niet op gespannen voet staat met de garanties die uit artikel 6 EVRM voortvloeien. Voor alle duidelijkheid: het gaat mij er niet om het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM in extenso te bespreken. Ik beperk mij tot de situatie waarin een getuige die in een eerdere fase — zonder dat toen voor de verdediging gelegenheid heeft bestaan vragen te stellen — een verklaring heeft afgelegd, nadien bij een rechter verschijnt maar weigert om vragen — van de verdediging of de rechter — te beantwoorden.

2.

In rechtspraak die is voorafgegaan aan de ‘Grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie, heeft de Hoge Raad zich reeds verschillende malen uitgelaten over de situatie waarin de getuige een beroep doet op een verschoningsrecht. Het uitgangspunt in die rechtspraak is dat het een getuige vrij staat om een beroep op een verschoningsrecht te doen, ook indien deze getuige in een eerder stadium een belastende verklaring heeft afgelegd (HR 20 februari 1990, NJ 1990/635). Daaraan heeft de Hoge Raad toegevoegd dat de eerbiediging door de rechter van het beroep op een verschoningsrecht geen schending van artikel 6 lid 3, sub d, EVRM met zich brengt (HR 15 juni 1993, NJ 1994/37; vgl. ook HR 7 december 1999, NJ 2000/163). Anders gezegd: de rechter kan niet artikel 6 EVRM aangrijpen om het verschoningsrecht te beperken, teneinde de getuige — al dan niet met behulp van gijzeling — te verplichten alsnog vragen te beantwoorden. Voorts brengt de Hoge Raad naar voren dat een eerder afgelegde verklaring van de getuige niet onbruikbaar wordt door het feit dat die getuige nadien weigert zich ter terechtzitting te doen ondervragen. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat in het geval de getuige ter terechtzitting wel een verklaring aflegt, maar dat die verklaring anders luidt dan hetgeen eerder is verklaard, het gebruik van de eerder afgelegde verklaring — eveneens — niet wordt geblokkeerd (HR 29 oktober 1991, NJ 1992/481; vgl. ook overweging 6.4 in HR 1 februari 1994, NJ 1994/427 m.nt. C alsmede overweging 5.4.2 in HR 24 maart 1998, NJ 1998/748). Tot slot lijkt de Hoge Raad — maar op dit punt zijn de overwegingen van de Hoge Raad voor meerderlei uitleg vatbaar — van oordeel te zijn dat het enkele feit dat een getuige geen vragen wil beantwoorden, niet betekent dat de overheid niet voldaan heeft aan de plicht om de gelegenheid te bieden de getuige te ondervragen of te doen ondervragen (vgl. overweging 5.2 in HR 29 oktober 1991, NJ 1992/481).

In de ‘Grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie heeft de Hoge Raad deze eerdere rechtspraak samengebonden in de formulering dat de enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, niet meebrengt dat een inbreuk wordt gemaakt op het door artikel 6 lid 3, sub d, EVRM gewaarborgde recht. Deze samenballing gaat ten koste van de nuance. Want gelet op de eerdere rechtspraak is het duidelijk dat de Hoge Raad (ten minste) drie dingen wil zeggen: a. artikel 6 lid 3, sub d, EVRM geeft geen aanleiding om een beroep het verschoningsrecht niet te honoreren, b. het enkele feit dat een getuige met een beroep op een verschoningsrecht weigert vragen te beantwoorden, betekent niet dat geen ondervragingsgelegenheid is geboden, en c. diezelfde weigering blokkeert niet zonder meer het gebruik van de eerder afgelegde verklaring voor het bewijs. Deze impliciete deelbeslissingen zijn op zichzelf genomen niet problematisch. Het beperken van het verschoningsrecht zou alleen maar complicaties teweegbrengen. Het verschoningsrecht dient namelijk evenzeer belangen die mede op grond van het EVRM bescherming genieten, zoals de verklaringsvrijheid en het recht op familieleven. Op het moment dat een getuige weigert vragen te beantwoorden, is die getuige wel aanwezig en wordt de verdediging op zich de mogelijkheid geboden vragen te stellen. In zoverre is sprake van gelegenheid tot het stellen van vragen. En inderdaad, het EHRM heeft nimmer expliciet bepaald dat het gebruik van een eerder afgelegde verklaring zonder meer ontoelaatbaar is tengevolge van de enkele weigering van de getuige nadien vragen te beantwoorden. Maar het probleem hier is dat de Hoge Raad met zijn frase in de ‘Grenzen getuigenbewijs’-jurisprudentie eigenlijk om de hete brij heen draait. Want zijn er wellicht andere

consequenties die de rechter wél moet verbinden aan de weigering van de getuige om vragen te beantwoorden? Anders gezegd: aan welke voorwaarden moet zijn voldaan alvorens in een dergelijke situatie voor het bewijs gebruik mag worden gemaakt van eerder afgelegde verklaringen van de desbetreffende getuige?

Teneinde aan te geven hoe de Hoge Raad tegen deze vraag aankijkt, is het van belang nog wat dieper in te gaan op zijn rechtspraak. Het valt op dat de Hoge Raad de weigering van de getuige om een verklaring af te leggen, alleen betreft op artikel 6 lid 3, sub d, EVRM. Dat valt op omdat het EHRM in zijn rechtspraak inbreuken op het ondervragingsrecht pleegt te beoordelen op grond van artikel 6 leden 1 en 3, sub d, EVRM en dus die inbreuken mede beziet in het licht van het algemene recht op een fair trial (zie uit vele EHRM 24 november 1986, Unterpertinger tegen Oostenrijk, appl.nr. 9120/80, NJ 1988/745 m.nt. EAA). De Hoge Raad refereert in zijn 'Grenzen getuigenbewijs'-jurisprudentie wel weer aan artikel 6 lid 1 EVRM waar hij vooropstelt dat het gebruik van een niet ter terechtzitting afgelegde verklaring van een getuige voor het bewijs niet zonder meer ongeoorloofd is. Men zou dan ook kunnen betogen dat de Hoge Raad de mogelijkheid openlaat dat, in de situatie dat een getuige weigert een verklaring af te leggen en daarmee de uitoefening van het ondervragingsrecht door de verdediging frustreert, weliswaar geen zelfstandige schending van artikel 6 lid 3, sub d, EVRM plaatsvindt, maar dat niet is uitgesloten dat – door het bezigen van de eerder afgelegde verklaring van die getuige – toch het recht op een fair trial zou worden geschonden (vgl. ook onderdeel 5 van de noot van Corstens onder HR 1 februari 1994, NJ 1994/427). Aldus zou ruimte ontstaan voor een nadere toets, waarvoor in het bijzonder van belang zou kunnen zijn of, en zo ja: in hoeverre de desbetreffende verklaring steun vindt in andere bewijsmiddelen. Niettemin kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat hij deze koers niet wil varen. Uit de opbouw van de standaardoverwegingen in de 'Grenzen getuigenbewijs'-jurisprudentie blijkt dat de situatie waarin een getuige weigert vragen te beantwoorden, wordt geschaard onder de gevallen waarin de verdediging het ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen. Daarmee wordt die situatie niet gerekend tot de gevallen waarin de regel geldt dat de verklaring van de getuige in voldoende mate steun moet vinden in andere bewijsmiddelen (zie overweging 6.3.3 in HR 1 februari 1994, NJ 1994/427 m.nt. Corstens in samenhang met HR 29 september 1998, NJ 1999/74 m.nt. Kn). Bevestiging hiervan kan men vinden in diverse overwegingen van de Hoge Raad waarin met betrekking tot de voorliggende zaak wordt beoordeeld of het ondervragingsrecht is gerespecteerd. Ook daaruit blijkt dat de Hoge Raad het niet van belang acht of de eerder afgelegde verklaring van de getuige die nadien heeft geweigerd vragen te beantwoorden, voldoende steun vindt in andere bewijsmiddelen (zie overweging 5.3 in HR 29 oktober 1991, NJ 1992/481, overweging 6.4 in HR 1 februari 1994, NJ 1994/427 en ook overweging 4.6 in HR 6 juni 2006, NJ 2006/332, waarin de constatering van het gerechtshof dat voldoende steunbewijs voorhanden is, als een overweging ten overvloede wordt aangemerkt). Aldus kan worden vastgesteld dat in de visie van de Hoge Raad het ondervragingsrecht zoals dat voortvloeit uit artikel 6 leden 1 en 3, sub d, EVRM reeds wordt gerespecteerd indien de getuige ter terechtzitting verschijnt en de verdediging in de gelegenheid is om vragen te (doen) stellen, ongeacht of de getuige bereid is die vragen te beantwoorden. Daaraan wordt als consequentie verbonden dat de eerder door de getuige afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd zonder dat daarbij steunbewijs aanwezig hoeft te zijn (vgl. voor eenzelfde uitleg van de rechtspraak van de Hoge Raad ook onderdeel 16 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 16 september 2008, LJN BD3701).

Volledigheidshalve moet aan deze bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad worden toegevoegd dat in HR 29 oktober 1991, NJ 1992/481 wordt overwogen dat het doel van het ondervragingsrecht – de verdediging een gelegenheid bieden bij de rechter twijfel te doen ontstaan over de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige – ‘onder omstandigheden in voldoende mate [kan] worden gediend door het doen horen van andere getuigen wier verklaring met de eerderbedoelde verklaring onverenigbaar zijn.’ Dit zou men zo kunnen interpreteren dat de Hoge Raad tot op zekere hoogte compensatie mogelijk acht van de beperking die optreedt doordat een getuige geen vragen wil beantwoorden (vgl. in die zin ook onderdeel 6.4 van de conclusie van A-G Machielse voor HR 14 september 1998, NJ 1998/910). In latere rechtspraak wordt aan dit punt evenwel geen nadere aandacht besteed. Kennelijk ziet de Hoge Raad het niet als vereiste voor het gebruik van de eerder afgelegde verklaring van de desbetreffende getuige dat dergelijke compensatie in het concrete geval kan worden geboden.

3.

Herhaaldelijk zijn in conclusies van Advocaten-Generaal kritische kanttekeningen geplaatst bij de hiervoor beschreven lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad. De rode draad in al deze conclusies laat zich aldus samenvatten dat in de situatie dat de verdediging de gelegenheid heeft gehad om vragen te (doen) stellen aan een getuige, terwijl die getuige vervolgens weigert de vragen te beantwoorden, er wel degelijk sprake kan zijn van schending van het ondervragingsrecht zoals dat wordt gegarandeerd door artikel 6 leden 1 en 3, sub d, EVRM, indien de eerder door deze getuige afgelegde verklaring voor het bewijs wordt gebezigd. Of een schending van artikel 6 EVRM zich in het concrete geval ook daadwerkelijk voordoet, is daarbij van verschillende factoren afhankelijk. In het bijzonder dient er acht op te worden geslagen of de gebezigde verklaring van de getuige al dan niet voldoende steun vindt in ander bewijsmateriaal. Zie de conclusie van A-G Machielse voor HR 11 juni 2002, NJ 2002/459, de conclusie van A-G Knigge voor HR 16 september 2008, LJN BD3701, en de conclusies van A-G Vellinga voor HR 7 maart 2006, NJ 2006/195, HR 6 juni 2006, NJ 2006/332, HR 5 december 2006, LJN AZ0690 alsmede het hierboven afgedrukte arrest, en voorts de bijdrage van Fokkens in *Via Straatsburg*, Nijmegen: WLP 2004, p. 144, 146. Nu in de genoemde conclusies telkens de rechtspraak van het EHRM tot uitgangspunt wordt genomen, zie ik ervan af de betogen van de diverse Advocaten-Generaal nader te bespreken en richt ik de blik verder op de Straatsburgse rechtspraak.

Er zijn verschillende uitspraken voorhanden waarin de situatie aan bod is dat een getuige — veelal met een beroep op een verschoningsrecht — weigert vragen te beantwoorden, terwijl een eerder afgelegde verklaring voor het bewijs wordt gebezigd. In deze zaken wordt ten dele wel en ten dele geen schending van het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM aangenomen. Het EHRM heeft in dit verband geen specifieke (vuist)regels of uitgangspunten geformuleerd. Niettemin kan men bij bestudering van deze rechtspraak twee constanten ontwaren. Allereerst geldt dat, ook al treft de overheid geen verwijt in het geval dat een getuige weigert vragen te beantwoorden, de zwijgzaamheid van de getuige met zich brengt dat geen sprake is van een real of adequate and proper ondervragingsmogelijkheid (vgl. *Unterpertinger*, overweging 32, EHRM 27 februari 2001, *Lucà tegen Italië*, appl.nr. 33354/96, NJ 2002/101 m.nt. Sch, overweging 42, EHRM 5 december 2002, *Craxi tegen Italië* (no. 2), appl.nr. 34896/97, overweging 87, EHRM 20 april 2006, *Carta tegen Italië*, appl.nr. 4548/02, overweging 51,

EHRM 9 november 2006, Kaste en Mathisen tegen Noorwegen, appl.nr. 18885/04 en 21166/04, overwegingen 50–52; enigszins anders van toon is de ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 11 mei 1999, Harri Peltonen tegen Finland, appl.nr. 30409/96). Voorts blijkt dat, in het geval de getuige er het zwijgen toe doet, naar het oordeel van het EHRM geen aanleiding bestaat ‘to block the prosecution’ (EHRM 26 april 1991, Asch tegen Oostenrijk, appl.nr. 12398/86, NJ 1993/710, overweging 28; vgl. ook EHRM 27 april 2010, Bietaj tegen Polen, overweging 56), terwijl artikel 6 EVRM zich ook niet zonder meer verzet tegen het gebruik van de eerder afgelegde verklaring voor het bewijs (zie bijvoorbeeld Unterpertinger, overweging 31 en EHRM 20 januari 2009, Al-Khawaja en Tahery tegen Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 26766/05 en 22228/06, overweging 34). Maar wel blijkt dat in al die zaken waarin schending van artikel 6 EVRM is aangenomen, geen of onvoldoende steunbewijs aanwezig was, terwijl in de zaken waarin geen schending is geconstateerd, wel voldoende steunbewijs voorhanden was (zie Unterpertinger, overweging 33, Lucà, overweging 43, Craxi, overweging 88, Kaste en Mathisen, overweging 54 tegenover Asch, overweging 28 en 30, Harri Peltonen, EHRM 8 april 2003, Lindgren tegen Zweden, appl.nr. 39470/98, Carta, overweging 52 en ook de Commissie-uitspraak ECRM 5 juli 1994, R.A.G. tegen Nederland, appl.nr. 21921/93). Daarmee is niet gezegd dat de aanwezigheid van steunbewijs de enige factor is die in aanmerking wordt genomen bij de toetsing aan artikel 6 EVRM. Niettemin lijkt het EHRM aan het al dan niet voorhanden zijn van voldoende steunbewijs doorslaggevende betekenis toe te kennen (vgl. EHRM 11 december 2008, Mirilashvili tegen Rusland, appl.nr. 6293/04, overweging 164). Het gewicht van deze factor mag dus geenszins worden onderschat.

Er wordt wel betoogd dat het EHRM met betrekkelijk weinig steunbewijs genoeg zou nemen in de situatie dat een getuige weigert vragen te beantwoorden, omdat in deze situatie de overheid niet het verwijt treft dat de getuige niet (effectief) kan worden ondervraagd (in die zin onderdeel 8 van de conclusie van — toen nog — A-G Fokkens voor HR 29 september 1998, NJ 1999/74; vgl. ook onderdeel 11 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 20 maart 2007, LJN AZ4756). Het komt mij voor dat dit niet zonder meer de benadering van het EHRM is. Het feit dat de getuige verschijnt — en dus dat de overheid niet tekort is geschoten in de verplichting om een ondervragingsgelegenheid te bieden — wordt door het EHRM beschouwd als ‘a prerequisite for the defence’s opportunities to confront the witness’. Dat doet er niet aan af dat ook dan ‘a proper and adequate opportunity to question the witness’ moet bestaan (zie onder andere Kaste en Mathisen, overweging 47). Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt vervolgens niet dat het gegeven dat de ondervragingsmogelijkheid is gefrustreerd door de zwijgzaamheid van de verschenen getuige, wordt beschouwd als argument om met minder steunbewijs genoeg te nemen. Of preciezer gezegd: ook in deze situatie onderzoekt het EHRM of de bewezenverklaring solely of mainly rust op de eerder afgelegde verklaring van de getuige. Dat dit onderzoek in zaken waarin de verschenen getuige er het zwijgen toe doet, wezenlijk anders — in de zin van: beduidend coulanter — zou plaatsvinden dan in zaken waarin de verdediging om andere redenen het ondervragingsrecht niet effectief heeft kunnen uitoefenen, blijkt prima vista niet uit de Straatsburgse rechtspraak.

In de rechtspraak van het EHRM spelen ook andere factoren en gezichtspunten een rol. Dat ligt ook voor de hand omdat het Straatsburgse hof naar het verloop van de procedure ‘as a whole’ pleegt te kijken. Het voert te ver een volledig overzicht te geven van alle argumenten die in de hier van belang zijnde

zaken een rol spelen. De hoofdlijnen laten zich als volgt weergeven. In enkele uitspraken wordt eraan gerefereerd dat het al dan niet hebben bestaan van mogelijkheden voor de verdachte om langs een andere weg dan het uitoefenen van het ondervragingsrecht de betrouwbaarheid van de eerder afgelegde verklaring van de getuige in twijfel te trekken, bijvoorbeeld door het horen van de verbalisant of van andere getuigen. In de zaak-Unterpertinger vormt het ontbreken van een dergelijke mogelijkheid — daaruit bestaande dat de rechter het verzoek tot het horen van andere getuigen afwees — een argument voor het aannemen van een schending van artikel 6 EVRM (vgl. overweging 32), in de zaak-Asch laat het EHRM bij het oordeel dat geen schending heeft plaatsgevonden meewegen dat de verdachte geen mogelijkheden heeft aangegrepen om langs een andere weg de betrouwbaarheid van de eerder afgelegde verklaring van de getuige te betwisten (vgl. overweging 29). Dat betekent dat tot op zekere hoogte compensatie mogelijk is van het ontbreken van een effectieve ondervragingsmogelijkheid. Echter, daaruit lijkt niet te mogen worden afgeleid dat indien compensatie mogelijk is, genoeg zou mogen worden genomen met een getuigenverklaring ten aanzien waarvan geen steunbewijs voorhanden is (Al-Khawaja en Tahery, overweging 37; vgl. ook onderdeel 7 van de conclusie van A-G Vellinga voor de hierboven afgedrukte zaak). Het EHRM betreft voorts in zijn overwegingen of de verdachte de mogelijkheid heeft gehad om de eerder afgelegde verklaring van de getuige te weerspreken, en ook of de rechter de bruikbaarheid van die verklaring behoedzaam heeft beoordeeld (EHRM 8 april 2003, Lindgren tegen Zweden, appl.nr. 39470/98; vgl. ook EHRM 19 februari 1991, Isgrò tegen Italië, appl.nr. 11339/85, NJ 1993/708 en Bielaj, overweging 56). Relevant kan bijvoorbeeld zijn of acht is geslagen op de mogelijkheid dat een getuige die tevens medeverdachte is, er belang bij kan hebben om de schuld in de schoenen van een ander te schuiven (EHRM 14 januari 2010, Melnikov tegen Rusland, appl.nr. 23610/03, overweging 75). Maar ook hier geldt dat de mogelijkheid tot het weerspreken van de verklaring en het behoedzame gebruik ervan niet (volledig) in de plaats kunnen komen van de uitoefening van het ondervragingsrecht (vgl. EHRM 5 februari 2009, Makeyev tegen Rusland, appl.nr. 13769/04, overweging 42). Een factor die — blijkens uitspraken van de Europese Commissie van de Rechten van de Mens — wel min of meer zelfstandig tot de conclusie kan leiden dat het ondervragingsrecht niet is geschonden, houdt verband met de opstelling van de verdediging. Indien het aan de verdediging is te wijten dat van een eerdere ondervragingsmogelijkheid geen gebruik is gemaakt, brengt het feit dat in een later stadium vanwege de zwijgzaamheid van de getuige ondervraging niet meer mogelijk is, niet met zich dat van schending van artikel 6 EVRM sprake is (ECRM 7 mei 1993, J.J. tegen Nederland, appl.nr. 16512/90 en ECRM 5 juli 1994, R.A.G. tegen Nederland, appl.nr. 21921/93).

Deze beschouwing van de rechtspraak van het EHRM maakt duidelijk dat de kritische kanttekeningen die in diverse conclusies van Advocaten-Generaal zijn geplaatst bij de onder 2 besproken lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad, bepaald hout snijden (in die zin ook Alink & Van Zeben, Getuigen in het Nederlands strafproces, Nijmegen: WLP 2007, p. 3–4, 47–48, 170 en Jebbink, NJB 2007/p. 210; vgl. voorts Stessens & De Smet, in: Handboek EVRM, Antwerpen: Intersentia, p. 624).

4.

Fokkens heeft — in een brede beschouwing over de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM — betoogd dat in de rechtspraak van de Hoge Raad in wezen de

taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter in het inquisitoire strafproces voorop staat: 'De rechter is degene die het onderzoek ter terechtzitting primair doet en die verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding. Vandaar dat in het systeem van het Wetboek [van Strafvordering; MJB] de omstandigheid dat de verdachte zijn ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen niet aan een veroordeling in de weg hoeft te staan, als de rechter tot de conclusie komt dat het beschikbare materiaal toereikend is om tot een oordeel in de zaak te komen' (Fokkens 2004, p. 149). De consequentie daarvan is dat het karakter van het ondervragingsrecht als verdedigingsrecht naar de achtergrond verschuift. Deze benadering van de Hoge Raad staat — in elk geval in de hier besproken situatie dat een verschenen getuige geen vragen wil beantwoorden — onmiskenbaar op gespannen voet met (de Straatsburgse rechtspraak over) artikel 6 leden 1 en 3, sub d, EVRM. Maar is er ook structureel sprake van schending van artikel 6 EVRM? De soep wordt — tegenwoordig — wellicht niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend. Uit het overzicht van de Straatsburgse rechtspraak blijkt dat de aanwezigheid van steunbewijs een factor is die veel gewicht in de schaal legt. Dient dergelijk steunbewijs naar Nederlands recht niet per definitie aanwezig te zijn gelet op de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv en de recente aanscherping van de invulling van die regel in de rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. met name HR 30 juni 2009, NJ 2010/495 en HR 30 juni 2009, NJ 2010/496 m.nt. M.J. Borgers)? De verhouding tussen de Straatsburgse steunbewijsregel en de Nederlandse bewijsminimumregel laat zich niet eenvoudig te duiden (zie, met nadere verwijzingen, de noot onder HR 13 juli 2010, NJ 2010/515). Op deze plaats volstaat de opmerking dat in de terechte kritiek die wordt uitgeoefend op de onder 2 beschreven lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad, een belangrijk argument besloten ligt om bij de toepassing van het voorschrift van artikel 342 lid 2 Sv goede nota te nemen van de eisen die voortvloeien uit de Straatsburgse rechtspraak. Concreter gezegd: indien de uitoefening van het ondervragingsrecht is gefrustreerd, doet de rechter er goed aan om op zodanige wijze invulling te geven aan de bewijsminimumregel dat daarmee tevens de Straatsburgse steunbewijsregel wordt gerespecteerd. In dergelijke gevallen zou de rechtspraak van het EHRM een belangrijke inspiratiebron kunnen en moeten zijn voor de uitleg van het Nederlandse voorschrift van artikel 342 lid 2 Sv.

5.

Tot slot. De Hoge Raad ligt soms onder vuur omdat hij (te) zuinig zou omgaan met de uit het EVRM voortvloeiende rechten en waarborgen (zie bijvoorbeeld Franken, DD 2009/p. 777–792). Of die kritiek terecht is, laat zich naar mijn mening niet in het algemeen zeggen. Dat vergt voor elk recht en elke waarborg een tamelijk nauwgezette vergelijking tussen de Nederlandse en de Straatsburgse rechtspraak. Maar men zou wel kunnen zeggen dat een zekere spaarzaamheid tot uitdrukking komt in de wijze waarop de Hoge Raad in zijn rechtspraak tot uitdrukking brengt welke Straatsburgse rechtspraak van belang wordt geacht, hoe deze rechtspraak wordt begrepen en welke consequenties daaruit voor het Nederlandse recht zouden voortvloeien. De Hoge Raad kiest er eerder voor de Straatsburgse rechtspraak te 'vertalen' in eenvoudig te hanteren vuistregels, zonder die rechtspraak zelf nader te bespreken. Dat is — ogenschijnlijk — een praktijkvriendelijke benadering, maar tegelijkertijd geldt dat het niet zo eenvoudig en ook niet zonder risico's is om uit de — vaak complexe en soms ook betrekkelijk vage — Straatsburgse rechtspraak harde regels af te leiden. Dit hangt natuurlijk samen met de casuïstische benadering die de rechtspraak van het EHRM kenmerkt. In dit licht verdient het



aanbeveling dat de Hoge Raad zijn standaardoverweging verlaat dat de enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, niet meebrengt dat een inbreuk wordt gemaakt op het door artikel 6 lid 3, sub d, EVRM gewaarborgde recht. In plaats daarvan zou de Hoge Raad beter voorop kunnen stellen dat de toelaatbaarheid van het gebruik maken voor het bewijs van een eerder afgelegde verklaring van een getuige die nadien voor een rechter is verschenen, maar geen vragen heeft willen beantwoorden, moet worden beoordeeld op grond van artikel 6 leden 1 en lid 3, sub d, EVRM en dat daarbij in het bijzonder acht moet worden geslagen op de mate waarin de gebezigde verklaring heeft bijgedragen aan de bewezenverklaring. Mede aan de hand van verwijzingen naar en vergelijkingen met door het EHRM berechte zaken en in het licht van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv, zou vervolgens kunnen worden vastgesteld of het gebruik van die getuigenverklaring in het concrete geval toelaatbaar kan worden geacht.